

www.kotobarabia.com
د. عبد الفتاح خضر
الحكم حيث ينعدم النص الجنائي
www.kotobarabia.com

# الحُكمُ حَيثُ يَنعَدمُ

# النصُ الجِنَائي

الدكتور عبد الفتاح خضر

أستاذ القانون الجنائي

# الفهرس


الحكم حيثُ ينعدم النص الجِنَائي ........ ٤

خاتمة ................................ ٤٣

المراجع ............................... ٤٦

# الحكم حيثُ ينعدم النص الجِنَائي

لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص [1]، أصل شهير ومستقر في نظم العالم المتمدين، ويعبر عنه أحيانًا "بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات". ولقد ترتب على الأخذ بهذا المبدأ عدة نتائج وقيود ملزمة لسلطات الدولة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية. وفي مجال السلطة القضائية بوجه خاص يتعين على القاضي الجنائي في حالة الإدانة أن يعين النص أو النصوص التي يستند إليها في حكمه، وأن يتقيد بالإطار الذي رسمه له النص من حيث توقيع الجزاء كما ونوعا، وأن يمتنع عن تطبيق نصوص التجريم والعقاب بأثر رجعي، وأن يحكم بالبراءة عندما ينعدم النص؛ حيث لا يسوغ له أن

---

[1] - يقصد بالنص هنا نص التشريع العادي بحسب الأصل. وقد يكون النص في صورة تشريع فرعي (لوائح) وذلك عندما يكون هناك تفويض من السلطة التشريعية للسلطة التنفيذية في مجال التجريم والعقاب، ولما كان هذا التفويض من قبل الاستثناءات، فقد وجب أعمال أحكامه في أضيق نطاق.

يصدر حكمه بالإدانة وبالعقوبة بناء على العرف أو مقتضيات المصلحة العامة [٢].

وإلى هنا يمكن أن يتصور البعض، أن الإجابة على عنوان هذا البحث يسيرة، وأن الحكم حيث ينعدم النص يتمثل في وجوب الحكم بالبراءة. ولكن الأمر أبعد من ذلك؛ حيث توجد بعض حالات، يملك فيها القاضي سلطة إصدار حكمه على الرغم من انعدام النص الجنائي، وهي موضوع هذا البحث.

ولما كان لمبدأ (شرعية الجرائم والعقوبات) تطبيقاته المتميزة في نطاق الفقه الإسلامي، فقد رأينا أن نبين ـ بادئ ذي بدء ـ حكم الشريعة الإسلامية في هذا الصدد.

وبناء على ما تقدم، نتناول هذه الدراسة في النقاط الآتية:

١- مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي.

٢- الأصل في تفسير النص الجنائي.

٣- عدم جواز اللجوء إلى القياس من حيث المبدأ.

٤- إمكان اللجوء إلى القياس في حالات خاصة:

---

٢ - مع مراعاة أحكام التعزير كما سيرد فيما بعد.

(أ) النصوص الخاصة والنصوص الاستثنائية، ومدى جواز القياس عليها.

(ب) القياس على نصوص الإباحة.

(ج)حالات موانع المسئولية وموانع العقاب.

(د) حالات تخفيف العقاب وجوبا أو جوازا.

٥- خلاصة وخاتمة.

## ١ - مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في الفقه الإسلامي:

يتضمن مبدأ الشرعية - كما أوضحنا - شقين، أحدهما يتعلق بالجرائم، والآخر يتعلق بالعقوبات. فهل طبق هذا المبدأ بشقيه في مجال التشريع الجنائي الإسلامي تطبيقًا دقيقًا؟

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي التفرقة بين الشقين المشار إليهما على النحو التالي:

### (أ) شرعية الجرائم:

يقصد بشرعية الجرائم في نطاق التشريع الجنائي الإسلامي البحث في مدى انطباق الشق الأول من مبدأ

الشرعية (لا جريمة إلا بنص) على جرائم الحدود والقصاص والتعازير.

لقد طبق الشق الأول من مبدأ الشرعية تطبيقًا دقيقًا في نطاق جرائم الحدود والقصاص؛ حيث وردت بشأنها جميعا نصوص صريحة وسميت (بالجرائم ذات العقوبات المقدرة) أي المحددة سلفًا بالنص [٣].

وفي نطاق هذه الجرائم ذات العقوبات المقدرة، لا يسوغ للقاضي الجنائي الإسلامي أن يعتبر أحد الأفعال من قبيل جرائم الحدود والقصاص دون وجود النص الصريح الذي يستند إليه، بيد أنه لا يكون ملزما - كما هو الشأن في القوانين الوضعية - بأن يحكم بالبراءة؛ حيث يجد أمامه باب التعزير مفتوحا، ليستوعب جميع الأفعال التي تمثل مساسا بمصالح الأفراد أو المجتمع، دون أن تكون داخلة في إطار جرائم الحدود أو القصاص، وذلك لمواجهة احتياجات الضبط

---

٣ - انظر في بيان هذه النصوص:

محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول، الجريمة، القاهرة، بدون تاريخ، ص ١٨٧ - ١٩٠.

الاجتماعي، واحتياجات النظم الاجتماعية التي تستحدث مع الظروف المتغيرة والمتطورة [٤].

وفي نطاق جرائم التعزير يمكن القول بأن مبدأ الشرعية في شقه الأول، تطبيقات مرنة. فالتعزير إما أن يكون على المعاصي أو للمصلحة العامة أو على المخالفات [٥]. والتعزير على المعاصي يكون في حالات إتيان المحرمات أو ترك الواجبات (خارج نطاق الحدود والقصاص). ومن هذه الحالات ما يرتبط بحد من الحدود، فيضاف التعزير إلى الحد، كتعليق يد السارق بعد قطعها في عنقه، ومنها ما يرتبط بكفارة، فيضاف التعزير إليها، كالتوبيخ إلى جانب كفارة

---

[٤] - والتعزير في اللغة مصدر عزر من العزر، وهو الردع والمنع، فيقال: عزر فلان أخاه أي نصره؛ لأنه منع عدوه من أن يؤذيه ومن ذلك قوله تعالى: **﴿لِتُؤْمِنُوا بِا ـ ورسولِهِ وتُعزروه وتُـوقروه وتُسـبحوه بكْـرةً وأَصِيلاً﴾**. ويقال: عزرته بمعنى وقرته أو أدبته، لأنه امتنع بالتعزير عما هو دنيء. وبذلك يحصل له الوقار.

عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٥٧، ص ٣٦.

[٥] - أحمد الألفي: النظرية العامة للجريمة في القوانين الوضعية، الرياض، ١٣٩٤ هـ، ص ٣٣.

الوطء في رمضان نهارا أو أثناء الإحرام، ومنها ما لا يرتبط بحد أو كفارة؛ فتوقع العقوبة التعزيرية بمفردها، وذلك فـي حالات إتيان المحرمات أو ترك الواجبات عدا ما سبق، كمـا هو الحال في الشروع في السرقة والرشوة والتزوير والغش التجاري وشهادة الزور.. إلخ. فبالنسبة لهذه الحـالات نجـد النصوص صريحة في تحريمها، وإن ترك أمر العقاب عليها لولي الأمر [٦].

وعلى ذلك نقول إن مبدأ الشرعية قد طبق في الشق الأول منه (لا جريمة إلا بنص) تطبيقًا دقيقًا في النـوع الأول مـن التعزير، وهو التعزير على المعاصي.

---

٦ - أجمع الفقهاء على أن ترك الواجب أو فعل المحرم معصية فيهـا التعزير، إذا لم تكن هناك عقوبة مقدرة (عبد العزيز عـامر: المرجـع السابق، ص ٨٤).

ويمكن تعريف الواجب شرعا بأنه ما طلب الشارع مـن المكلـف أن يفعله على سبيل الحتم، كما يعرف المحرم شرعا بأنه ما طلـب مـن المكلف أن يفعله عن فعله طلبا حتما (عبد الوهاب خلاف: علم أصـول الفقه. القاهرة ١٩٥٤، ص ١١٦ وما بعدها، ص ١٢٥ وما بعدها: نقلاً عن عبد العزيز عامر: نفس المرجع والموضع هامش [٦]).

أما التعزير للمصلحة العامة، فمثاله حبس من اشتهر بإيذاء الناس، أو من يمثل خطورة عليهم، حتى مع عدم وجود المعصية، إلى أن تزول الخشية منه. ويتسع هذا النوع من التعزير؛ ليشمل صيانة أمن المجتمع ونظامه باتخاذ ما يكون ملائما من إجراءات [٧].

وبناء عليه نقول إن مبدأ الشرعية لم يؤخذ به مطلقًا في هذا النوع من التعزير.

وأما التعزير على المخالفات، فهو تعزير على ترك المندوب، وفعل المكروه وهو محل خلاف بين الفقهاء؛ حيث يرى بعضهم العقاب على هذه المخالفات بينما يرى البعض الآخر عدم العقاب، إلا إذا وصل الأمر إلى المساس بالمصلحة العامة، فيعالج في إطار النوع الثاني (التعزير للمصلحة العامة) [٨].

---

٧ - عبد العزيز عامر: نفس المرجع، ص ٨٩.

٨ - أحمد الألفي: نفس المرجع والموضع.

## (ب) شرعية العقوبات:

يقصد بشرعية العقوبات هنا مدى انطباق الشق الثاني من مبدأ الشرعية (لا عقوبة إلا بنص) علـى جـرائم الحـدود والقصاص والتعازير.

وإذا كان المبدأ قد طبق تطبيقًا دقيقًا في الشق الأول منـه (لا جريمة إلا بنص) على جرائم الحدود والقصاص، فإنه قد طبق كذلك تطبيقًا دقيقًا في الشق الثاني منه؛ حيث إنها جرائم ذات عقوبات مقدرة بالنص الصريح سلفًا كما سبق أن أشرنا، وأنه لا مجال بشأنها لتوقيع عقوبة مغايرة للعقوبات الـواردة بالنصوص القرآنية أو بالسنة النبوية، وإن كان الحد، كتعليق يد السارق بعد قطعها في رقبته، كما سبق القول.

أما في مجال الجرائم التعزيرية فإن الشـارع الإسـلامي عندما ترك العقوبات التعزيرية من غير تقدير، ما خرج على مبدأ (لا عقوبة إلا بنص) في آخر أدواره، ذلك أن مقتضيات تدعيم السـلطة التقديريـة للقاضـي الجنـائي، قـد حـدث بالتشريعات إلى جعل العقوبات القابلة للتبعيض بـين حـدين أعلى وأدنى، ليتمكن القاضي من اختيار العقوبـة الملائمـة لملابسات القضية وظروف الجاني بين هذين الحدين، بل إن

هذه التشريعات تضع أحيانًا حدا أعلى للعقوبة دون أن تضع حدا أدنى لها، فيكون الحد الأدنى للجريمة هو الحد الأدنـى العام بالنسبة لنوع العقوبة، وهذا الحد الأدنى العام ينزل إلى أقل درجة بحيث تصبح العقوبة تافهة [9]. وإذا كان ذلك فـي أدوار تطور التشريعات الجنائية الحديثـة، فـإن التشـريع الإسلامي قد سلك هذا السبيل منذ أكثر من ثلاثة عشرة قرنًا، فالحنابلة يقررون أن التعزير لا يبلغ به حـد العقوبـة فـي جنسه، وبيان ذلك أن السرقة حدها قطع اليد؛ ولاذا فقد وجب ألا تبلغ أي عقوبة تعزيرية خاصة بالمال هذا الحد، والقـذف حده الجلد ثمانون جلدة، فيجب ألا تبلغ أية عقوبة تعزيريـة من جنسه كالسب مثلاً هذا الحد. وعنـد الشـافعي لا تبلـغ العقوبات في غير الحدود أدنى عقوبات الحدود، وعند الحنفية

---

[9] - فمثلاً الحد الأدنى العام لعقوبة الغرامة في التشريع المصري هـو خمسة قروش، والحد الأدنى العام لعقوبة الحبس أربع وعشرون ساعة. فإذا لم يتضمن نص التجريم حدا أدنى عاما؛ وجب القيد بالحد الأدنـى العام النفس نوع العقوبـة (المـواد ١٤/ ٢، ١٦/ ٢، ١٨/، ٢٢) مـن قانون العقوبات المصري، ومن التشريعات التي أخذت أيضـا بفكـرة الحدين العامين للعقوبات؛ قانون العقوبـات اليونـاني لسـنة ١٩٥٠، والأردني لسنة ١٩٦٠.

مثلما قال الشافعي على خلاف التفصيل. أما مالك فيقرر أنه ليس للتعزير حد أعلى؛ إذ يجز أن يصل إلى حد القتل [10].

فأكثر الفقهاء قد قرروا أن العقوبات المقدرة تعتبـر حـدا أقصى، وأن حديث النبي ﷺ صريح في هذا المعنى؛ حيـث يقول: "من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين" [11].

وعلى ذلك يمكن القول بأنه لا عقوبـة بـلا دليـل فـي التعزير، وهذا الدليل يتمثل في الحدود القصـوى للعقوبـات المقدرة، التي تكون الجرائم التعزيرية من صـنفها. وعليـه أيضا يمكن القول، بأن مبدأ اختيار العقوبات لـولي الأمـر، على أن يختار العقوبة التعزيرية من بين العقوبات المقـررة شرعا في مجال التعزير.

وبناء على ما تقدم يمكن إيجاز ما تعلـق بتطبيـق مبـدأ الشرعية في مجال الفقه الإسلامي، في أن هذا المبدأ مطبـق بشقيه تطبيقًا تاما بالنسبة للجرائم ذات العقوبـات المقـدرة، (الحدود والقصاص)، وتطبيقًا مرنًـا بالنسـبة للجـرائم ذات العقوبات غير المقدرة (التعازير)؛ حيث يمكن للقاضي فـي

---

[10] - أبو زهرة: المرجع السابق، ص ١٩٢ ـ ١٩٣.

[11] - أبو زهرة: نفس المرجع، ص ١٩٤.

مجال التعزير للمصلحة العامة - كما رأينا - ألا يتقيد بالشق الأول من مبدأ الشرعية على التفصيل السابق، وأن يصدر حكمه بالإدانة رغم انعدام النص.

## ٢ - الأصل في تفسير النص الجنائي:

الأصل في تفسير النص الجنائي هو التزام مبدأ التفسير الضيق، وذلك للحد من سعة الألفاظ وحصرها في النطاق المطابق لإرادة القانون، حين يكون النص قد قال "أكثر مما أراد" [١٢].

---

[١٢] - إن العبرة دائما إنما تكون (بإرادة القانون) لا بإرادة السلطة التي وضعته؛ ذلك لأن السلطة لا يقصد بها سوى مجموع الأشخاص الذين اشتغلوا بوضع القانون، وكثيرا ما تتقارب مقاصدهم وتختلف آرائهم، ويعتبر القانون الخلاصة النهائية لنواياهم، ومن ثم فإنه متى صدر فقد استقلت إرادته عن إرادة واضعيه.

(رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية. ١٩٧٠، ص ٢٣٩: ٢٤٢). ونحن نحبذ استعمال عبارة (غايات القانون) بدلاً من عبارة (إرادة القانون)؛ حيث لا يتصور اقتران لفظ (إرادة) إلا بإنسان آدمي، كما وأن العبرة دائما في الواقع بالغايات المقصودة من وراء النصوص، والتي قد يستعان بالمذكرات الإيضاحية والأعمال التحضيرية في الكشف عنها.

ومن قبيل النصوص التي تحتاج إلى تفسير ضيق لأنهـا قالت أكثر مما تريد أن تقول، نص المادة العاشرة من نظـام مكافحة التزوير السعودي [13]؛ حيث جاء به "من قلد أو زور توقيعا أو ختما لشخص آخـر، أو حـرف بطريـق الحـك أو الشطب أو التغيير سندا، أو أي وثيقـة خاصـة؛ عوقـب بالسجن من سنة إلى ثلاث سنوات" فألفاظ هذا النص تدل في ظاهرها على أن يغير الحقيقة بتقليد أو تزويـر، أو توقيـع أو خاتم شخص آخر بوجوده ورضـاه، لمجـرد أن يثبـت براعته في التقليد أو محاكاة الخطوط، يقـع تحـت طائلـة العقـاب. وذلـك لعمـوم ألفـاظ الـنص وعـدم تمييزهـا أو تخصيصها. وهذا المدلول الظاهري مخالف - في الواقع - للمدلول المنطقي الذي يتفق مـع إرادة القـانون، والـذي يقتضي أن يكون التقليد أو تزوير التوقيع قد تم بقصد تحقيق

---

[13] - الصادر بالمرسوم الملكي رقم (١١٤) وتاريخ ٢٦/ ١١/ ١٣٨٠ هـ، والمعدل بالمرسوم الملكي رقم (٥٥٠) وتـاريخ ٣/ ١١/ ١٣٨٢ هـ.

غاية محددة هي غاية استعمال المحرر المزور فيما أعد من أجله، فإذا انتفت هذه الغاية فلا عقاب [١٤].

ومع ذلك، فقد يلجأ المفسر إلى التوسع في التفسير، وذلك في الحالات التي تكون النصوص فيها قد قالت "أقـل ممـا أرادت". ومن ذلك ما ذهب إليه رجال الفقه والقضـاء مـن محاولة إظهار المدلول الحقيقي للنصوص المتعلقة بالسـرقة، وبخاصة إظهار المدلول الحقيقي لكلمة (منقول) والتي وردت في تلك النصوص.

فالمدلول اللغوي لا يسعف في إظهار المعنـى الحقيقـي المراد من النص المشتمل على كلمـة (منقـول)؛ حيـث إن المدلول اللغوي لهذه الكلمة هو كل شيء قابل للمس والنقـل من مكان إلى آخر، وعليه فإن اختلاس المال غيـر القابـل للمس والنقل كالكهرباء لا يعد سرقة.

ورغما عن ذلك فقد رجح رجال الفقه والقضـاء اعتبـار التيار الكهربائي في حكم المنقول، لما له من قيمـة ماليـة، فضلاً عن إمكان ضبطه وحيازته ونقله من مكان إلى آخر ـ

---

[١٤] - راجع: رمسيس بهنام: المرجع السابق، ص ٢٤٢ ـ ٢٤٣.

وإن كان غير قابل للمس ـ وعليه يعد سارقًا مختلس التيـار الكهربائي، ويطبق في شأنه حكم السرقة [١٥].

ومن هذا القبيل أيضا كلمة (قتل) الواردة فـي نصـوص القتل العمد؛ حيث يفيد المدلول اللغوي لهـا إتيـان سـلوك إيجابي، ومع ذلك فإن المدلول المنطقي لهذا اللفظ يسـتوعب صور القتل التي تتم بطريق الامتناع أو الترك مع افتـراض توافر قصد إزهاق الروح [١٦].

وكذلك الحال بالنسبة للنصوص الجنائية المتعلقة بالظروف القضائية المخففة في مواد الجنايات، فالمدلول اللغوي لعبارة (أحوال الجريمة) التي ترد في هذه النصوص ينصرف إلـى

---

١٥ - محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات. القسـم العـام الطبعـة الثامنة، القاهرة ١٩٦٩، ص ٨٣: عبد المنعم البداري: المدخل للعلـوم القانونية. القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٢٧.

١٦ - ومثال ذلك امتناع ممرضة عمدا عن إعطاء المـريض الـدواء المقرر له في موعده بقصد قتله، ويتميز نموذج الجريمة الإيجابية التي تقع بطريق الترك، أو الامتناع بأنه يجمع بـين شـقين أحـدهما مـن الجريمة الإيجابية، والآخر من الجريمة السلبية. فيأخـذ مـن الأولـى النتيجة المادية الملموسة، ومن الثانية السلوك السـلبي المتمثـل فـي الامتناع.

الظروف المعاصرة لارتكاب الفعل المجـرم، كالاسـتفزاز الشديد في جناية القتل، وعدم جسامة الضـرر فـي بعـض الجرائم، بينما يشمل المدلول المنطقي لهذه العبارة فضلاً عن الظروف المعاصرة لارتكاب الفعـل - الظـروف السـابقة (كالماضي الحسن لسلوك المجـرم). والظـروف اللاحقـة (كمحاولة إصلاح الضرر المترتب على الجريمة أو تلافـي آثاره) فجميع الظروف السابقة والمعاصرة واللاحقة تصـلح لأن تكون موضع اعتبار عند البحث في أسباب الرأفـة فـي مواد الجنايات.

على أن التفسير المنطقي لا يكون بالضرورة موفقًا فـي جميع الأحوال؛ حيث يعتمد الأمر علـى الحصـيلة العلميـة والعملية للمفسر، وكما هو معلوم فإن التفسير غالبا ما يكون فقهيا أو قضائيا، وكلاهما غير ملزم لا للمفسر ولا لغيـره. ولذا فإن القاضـي - فـي الـدول ذات النظـام القـانوني اللاتيني[17] - لا يتقيد بحكمه الصادر متضمنًا تفسيرا معينًـا

---

[17] - تتجه غالبية الدول العربية من حيث نهجها القـانوني إلـى أحـد نظامين: أولهما (النظام القانوني اللاتيني) وثانيهما (النظـام القـانوني

وذلك حين يجلس للفصل في قضية أخرى تتشابه في وقائعها ـ إلى حد كبير ـ مع القضية المحكـوم فيهـا مـن قبـل والصادر بشأنها التفسير، بل لا يتقيد بأي تفسير صادر مـن محكمة أعلى من محكمته في سلم درجـات التقاضـي. وإذا حدث أن تقيد القاضي بمثل هذه السوابق قائما يكون ذلك من قبيل الاحترام أو التقدير الأدبي فحسب.

---

الإنجليزي) والنظام الإنجليزي يعبر عنه بالنظـام الأنجلـو سـكوني ويحكمه ما يعرف بالقانون العام الإنجليزي، Common Law.

ويسود في انجلترا والولايات المتحـدة الأمريكيـة وبعـض الأقطـار الأخرى. ولهذا النظام سمة خاصة تتمثل في أن جل قواعده عرفية، كما أن له طريقته الخاصة من حيث الصياغة والتصويرات والاصطلاحات القانونية.

أما النظام اللاتيني فيقصد به ذلك النظام الذي اعتنقته مجموعة الـدول التي تأثرت بالقانون الروماني، والتي سميت أحيانًا بأقطـار القـانون المدني Civil Law countries، وتشمل ـ فضلاً عن فرنسا ـ ألمانيا وسويسرا وإيطاليا وأسبانيا ودول أمريكا اللاتينية.

انظر في التفصيل:

(عبد الرحمن البزاز: مبادئ القانون المقارن. بغداد ١٩٦٧ ص ٤٦ ـ ٥٣).

## ٣ ـ عدم جواز اللجوء إلى القياس من حيث المبدأ:

إذا كان الأصل ـ كما سلمنا ـ في تفسير النصوص الجنائية هو التزام مبدأ التفسير الضيق، فإن مقتضى ذلك عدم جواز القياس كقاعدة عامة [١٨]، بل إن التفسير الموسع والتفسير الضيق كلاهما يحافظ على غايات النصوص، وإذا

---

[١٨] - ظهر التخوف من تفسير النصوص الجنائية واضحا في كتاب الأستاذ الإيطالي سيزار دي بيكاريا عن الجرائم والعقوبات (١٧٣٨ م)، وكان لهذا التخوف ما يبرزه وقتئذ؛ حيث ساد تعسف القضاة، كما كان له أثره كذلك في بعض التشريعات الجنائية التي حاولت أن تجعل نصوصها شاملة لكل ما يحتاج إليه القاضي من تعريفات وأمثلة.

وهي خطة ملموسة في التشريعات الأنجلو سكسونية والتشريعات التي أخذت عنها كالقانون السوداني، وهي منتقدة من زاوية الفن التشريعي، إذ ليس من مهام واضع النص أن يعرف ويضرب الأمثلة، وأنه إن فعل ذلك فلن يتمكن ـ مهما بذل من جهد ـ من الوصول إلى كل الأهداف والإحاطة بمختلف الصور، ومن ثم يكون التفسير علما ضروريا.

(محمود مصطفى: المرجع السابق، ص ٨٠).

تعلق التفسير ببعض الألفاظ، فلإظهـار مـدلولها الحقيقـي فحسب دون المساس بغايات النصوص.

وهنا يظهر وجه المقارنة بين مضمون التفسير الموسـع للنص الجنائي، وبين التفسير بالقياس في الحالات التي يسمح فيها به كما سنرى بعد قليل، فالتفسير الموسع هنا يدور حول إظهار المدلول الحقيقي أو المنطقي لبعض الألفاظ الواردة في النص الجنائي، والتي قصر النص عن إبرازها رغم استيعاب إرادة القانون لها. فالمفسر في هذا النوع من التفسير يحـافظ على غايات القانون رغم تجاوزه للمدلول اللغوي، أما التفسير بالقياس فإنه لا يتجاوز المدلولين اللغوي والمنطقي معا فقط، بل أيضا يتجاوز غايات النصوص، بإسباغ حكم حالـة ورد بها نص، على حالة لم يرد بشـأنها نـص للشـبه بينهمـا أو بعبارة أخرى للاتحاد في العلة [19].

---

[19] - قارن: رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، الإسـكندرية، ١٩٧٢، ص ١٢٦.

أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، القسـم العـام، القـاهرة، ١٩٧٢، ص ٧٠.

والعلة هي الوصف الظاهر المنضبط المشتمل على المعنـى المناسـب للحكم (كالسفر والبيع)، والأحكام تدور مع عللها لا مع حكمها وجودا=

ومهما يكن من أمر، فإن المفسر لا يجوز أن يصل في تفسيره الموسع أو بقياسه إلى حد إنشاء جرائم جديدة، أو تقرير عقوبات غير التي وردت في النص.

وإذا كان النص موضوع التفسير شديد الغموض، فإن المفسر لا يملك إزاءه إلا أن يأخذ بالتفسير الذي يتفق وصالح المتهم، وذلك إعمالاً لقاعدة أن (الشك يفسر لمصلحة المتهم).

ولكن البعض [٢٠] يرى أن المجال الصحيح لهذه القاعدة هو مجال أدلة الإثبات وليس مجال تفسير النصوص؛ حيث ينبغي إلا يكون هناك أدنى شك في تفسير إرادة القانون، ولأن القول بغير ذلك معناه أن المفسر لم يستقر بعد على معرفة النصوص، أما في مجال أدلة الإثبات فإن الشك يتصور حدوثه عند عدم جدواها في الإقناع وتكوين عقيدة

---

=وعدما. فالسفر علة الفطر في رمضان. أما المشقة فهي حكمة غير منضبطة لا تصلح لبناء الحكم، ولنا عودة إلى العلة المتعدية، والعلة القاصرة بعد قليل عند الكلام على القياس من النص الخاص.

[٢٠] - أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ٧٢.

رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١٢٢.

القاضي، ففي هذه الحالة لا مفر من تفسير الوضع، وتسـيير الأمور فيما يعود على المتهم بالنفع.

وهو رأي جدير بالتأييد، فالذي ينبغي علـى القاضـي أن يفعله في حالة وقوفه أمام نص جنائي غـامض، أن يقـرر إباحة الفعل استصحابها لمبـدأ (أن الأصـل فـي الأشـياء الإباحة)[٢١]، لا استنادا إلى مبدأ أن (الشك يفسـر لمصـلحة

---

٢١ - يقصد بالاستصحاب في اصطلاح الأصوليين (الحكم بثبوت حكم في الزمان الحاضر، بناء على أنه كان ثابتًا في الزمن الماضي إلى أن يوجد الدليل المغير). وله أنواع ثلاثة هي:

١- استصحاب حكم العقل بالإباحة عند عدم وجود الدليل علـى خلافه.
٢- استصحاب البراءة الأصلية أو العدم الأصلي.
٣- استصحاب الحكم الشرعي الذي ثبت، ولم يقم دليل آخر على تغييره، ويتفرع من هذه الأنواع الثلاثة القواعد الثلاث الآتية على التوالي:
   ١- إن الأصل في الأشياء الإباحة.
   ٢- إن الأصل في الذمة البراءة.
   ٣- إن اليقين لا يزول بالشك.

لمزيد من التفصيل راجع: =

المتهم) ولأن مقتضى الاستناد إلى الاستصحاب تقرير براءة ذمة المتهم. بينما قد يؤدي التفسير لمصلحة المتهم إلى تحميله عبء جريمة أخرى أخف من الجريمة المتهم بها، والتي ثار الشك حول مدى انصراف إرادة النص إليها [٢٢].

وبناء على ما تقدم فإن اعتبار النص الشديد الغموض في حكم النص المعدوم أمر جائز، وذلك من زاوية النتيجة التي ينتهي الأمر إليها في الحالتين، وهي تقرير براءة المتهم، وإن كان الأساس مختلفًا في كل منهما. فهو في الحالـة الأولـى (مبدأ الاستصحاب) وفي الحالة الثانية (مبدأ الشرعية)، مـع مراعاة الحالات التي يجوز للقاضـي فيهـا توقيـع عقوبـة تعزيرية بعد درء الحد بالشبهة.

## ٤ ـ إمكان اللجوء إلى القياس فـي حـالات خاصة:

---

=(بدران أبو العينين: أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، بـدون تاريخ ص ٢١٧ وما بعدها).

[٢٢] - أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ٧٣.

عرفنا فيما تقدم أن القياس محظور - بحسب الأصل - في مجال تفسير النصوص الجنائية، عملاً بقاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). ومع ذلك فهناك بعض حالات يجوز فيها نفع للمتهم كأسباب الإباحة، وموانع المسئولية، وحالات تخفيف العقاب على التفصيل الذي سنورده بعد قليل.

ومن المعلوم أن النصوص الجنائية إما أن تتضمن قواعد عامة، أو قواعد خاصة، أو قواعد استثنائية، كما أنه من المسلم به أن النص الخاص أو الاستثنائي وهو الذي يمثل خروجا على القواعد العامة، لا يجوز القياس عليه - من حيث المبدأ - كما لا يجوز التوسع في تفسيره.

ولذا نرى أن المفيد - في هذا المقام - أن نبدأ البحث في هذه الجزئية من الدراسة، ببيان ماهية النص الخاص الجنائي والنص الاستثنائي، ومدى جواز القياس عليهما. وذلك قبل الدخول في بيان الحالات التي يجوز القياس عليها في المجال الجنائي رغم انعدام النص.

## (أ) النصوص الخاصة والنصوص الاستثنائية ومدى جواز القياس عليها:

يكون النص خاصا إذا عالج حالة مـن جـنس حـالات عولجت في نص عام، أو إذا استأثر بمعالجة حالـة معينـة استئثارا يحول دون تعدية حكمه بالقياس إلى ما عداه. ويكون خاصا بالمعنى الواسع في الصورة الأولى، وخاصا بـالمعنى الضيق في الصورة الثانية [٢٣].

ومثال الصورة الأولى، العذر المقرر لزوج فـي حالـة مفاجأته لزوجته وهي متلبسة بالزنا. فهذا العذر، مقرر للزوج في ظرف خاصة تقدر التشريعات أنه مما يستوجب تخفيـف العقاب إذا ما ارتكب جرائم معينة حددها النص، وهي القتـل العمد بغير إصرار ولا ترصد، والضـرب المفضـي إلـى الموت. فلا يستفيد بهذا العذر غير الزوج.

فهذا النص نص خاص، وكان من الممكن أن يعالج العذر الوارد به في إطار الأحكام العامة لجرائم القتـل والضـرب المفضي إلى الموت.

أما الصورة الثانية (النص الخـاص بـالمعنى الضـيق) فمثالها، قول ا عز وجل: ﴿**والسارِقُ والسـارِقَةُ فَـاقْطَعوا**

---

٢٣ - Tullio Dologu: Les causes des justifeation. Cours de doctrat, Le Caire, ١٩٥١ – ١٩٥٢, p. ٥٩.

**أَيدِيهما**﴾ [(٢٤)]، وقول النبي ﷺ (لا يرث القاتل) فالسرقة فـي الآية الكريمة مناط قطع اليد، وقتل المـورث فـي الحـديث الشريف مناط قطع اليد، وقتل المورث في الحديث الشـريف مناط حرمان الوارث من الإرث. والعلة في المثالين قاصرة غير متعدية؛ أي لا يمكن تعديتها إلى حالات أخـرى ولـو وجدت أوجه الشبه [(٢٥)].

---

[٢٤] - آية ٣٨ من سورة المائدة.

[٢٥] - ويورد الأصوليون في هذا الصدد، عادة، مثالاً آخر هـو إباحـة الفطر في رمضان للمسافر والمريض، فعلة الإباحة هنا هي السفر دون المشقة. ولذلك لا يجوز أن يقاس على المسافر والمريض من يشـتغل في شهر رمضان بالأعمال الشاقة، فالسفر هو العلة القاصـرة (وهـو وصف ظاهر منضبط) والمشقة هي الحكمة (هي وصف غير ظـاهر ولا منضبط)، والأحكام تدور مع عللها لا مع حكمها وجودا وعدما.

ومن أمثلة النصوص الخاصة أيضا ـ لمزيد من الإيضاح ـ ما ثبـت أنه خاص بالرسول ﷺ أو أحد أصحابه، كتزوجه أكثـر مـن أربـع: وتحريم زوجاته على غيره بقوله جل شأنه:﴿**وما كان لكُم أَن تؤْذُوا رسـولَ ا ِ ولا أَن تَنْكِحوا أَزواجه مِـن بعـدِهِ أَبـدا إِن ذَلِكُـم كَـان عِنْـد ا ِ عظِيمـا**﴾.

واختصاصه (خزيمة) بجعل شهادته معادلة لشهادة رجلين.

(علي حسب ا : أصول التشريع الإسـلامي. القـاهرة، ١٩٦٤، ص ١٢١ وما بعدها).

فالعلة إما أن تكـون متعديـة فيصـلح القيـاس معهـا، أو قاصرة فيمتنع معها القياس، والنص الخاص تكون علتـه دائما قاصرة [٢٦].

ويكون النص استثنائيا إذا تضمن خروجا على مبدأ قانوني عام، أو بعبارة أخرى إذا تضمن خروجا على أحد الموجهات العامة للنظام القانوني [٢٧].

وتطبيقًا لذلك فـي المجـال الجنـائي نقـول إن الـنص الاستثنائي؛ هو ذلك النص الذي يخرج على نص عام يجـرم ويعاقب وفقًا للأصول العامة، لأسباب تبرر هذا الخروج.

ولقد أوضح البعض [٢٨] هذا المعنى في صياغة أخـرى، حين أطلق على النصوص التـي تجـرم وتعاقـب بحسـب الأصول العامة (النصوص المتضمنة لقواعد إيجابية)، وعلى النصوص التي تمثل خروجا عليها (النصـوص المتضـمنة لقواعد سلبية). فالأولى تهتم بقواعد التجريم التي تشتمل على شقين، الشق الناهي عن اقتراف السـلوك، والشـق المحـدد

---

٢٦ - علي حسب ا : نفس المرجع والموضع.

٢٧ - عبد الفتاح الصيفي: المرجع السابق، ص ٣٨١.

٢٨ - رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء، ص ١٣٠.

للجزاء الجنائي [٢٩] أما الثانية فإنها تتعرض للشق الثاني فقط دون الأول، لتعطل تطبيقه على مقترف السلوك، رغم اكتمال العناصر الأخرى التي يكون من شأنها - في الأصل - استحقاق الجزاء.

ومثال ذلك نقول: إن عقاب من يخفي مجرما من وجه العدالة أمر مقرر بمقتضى توضح السلوك والجزاء المقرر له، ولذا تعد قاعدة سلبية القاعدة التي تقرر إعفاء الزوجة من العقاب، إذا هي أخفت زوجها الهارب عن السلطات، كما يعد النص المتضمن لهذه القاعدة الأخيرة نصا استثنائيا، وهكذا.

ومن الجدير بالذكر هنا، أن قواعد الإباحة لا تعتبر من قبيل القواعد الاستثنائية لأنها لا تتعرض للشق المتعلق بالعقاب في القواعد الجنائية، وإنما تتعرض للشق الناهي عن السلوك لتحل محله حكما آخر، نظرا لاعتبارات معينة

---

٢٩ - ويعبر البعض عن هذا المعنى أيضا في صيغة أخرى بقوله: "تتميز القواعد الجنائية لمصدر الشرعية - بعنصرين لازمين هما التجريم والعقاب. والتجريم هو الوصف الذي يطلقه قانون العقوبات على كل مخالفة للتكليف.. أما العقاب فهو الجزاء الذي يرتبه القانون بسبب وقوع الجريمة"

(أحمد فتحي سرور: المرجع السابق، ص ٦٤).

مؤسسة على فكرة المفاضـلة بـين المصـالح المتعارضـة وترجيح إحداها. فهي كما عبر البعض [٣٠] عنهـا (قواعـد سلبية) عامة، أو كما عبر البعض الآخر [٣١] (قواعد أصـلية أو مبتدأة) تصدر عن مبادئ قانونية عامة منها مبدأ وجـوب تنفيذ الواجب ومبدأ مشروعية استعمال الحق.

وبناء على كل ما تقدم، يمكن القول بأنه إذا كان الأصـل عدم جواز القيـاس بالنسـبة للقواعـد الجنائيـة الخاصـة والاستثنائية، فإنه يجوز بالنسبة للقواعد الجنائيـة الخاصـة بالمعنى الواسع، والقواعد الجنائية السلبية الاسـتثنائية التـي تتعلق بشق الجزاء - كما سبق بيانه - كما يجوز بالنسـبة لنصوص الإباحة باعتبارها متضمنة لقواعـد سـلبية عامـة تتعلق بشق السلوك، لا قواعد سلبية استثنائية على التفصـيل السابق [٣٢].

---

٣٠ - رمسيس بهنام: نفس المرجع، ص ١٢٩.

٣١ - محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقـانون القـاهرة، ١٩٧٢/ ١٩٧٣، ص ٢٩٨.

٣٢ - يقصد بحالات الإباحة تلك الظروف ذات الطبيعة الموضـوعية، والتي تورد‌ها التشريعات الجنائية، لترفع بموجبها صفة الجريمة عـن الفعل، نظرا لاقترافه في ظروف معينة لا يصـح تطبيـق نصـوص

## (ب) القياس على نصوص الإباحة:

انتهينا فيما سبق إلى ترجيح القول بأن نصوص الإباحـة تتضمن قواعد سلبية عامة لا قواعد استثنائية، وعليـه قلنـا بجواز القياس، والقياس في حالات الإباحة - في الواقـع - أمر يقتضيه المنطق، فلو تصورنا شخصا تعرض لاعتـداء وشيك الوقوع على نفسه، وقاومه ودفع عن طريق فعل غير قتل المعتدي أو جرحه أو ضربه (وهي الصور المحددة لدفع الاعتداء في حالات الدفاع الشرعي، كأن يدفعه بإتلاف سلاح المعتدي أو حبسه الوقت اللازم لحضور رجـال الشـرطة. فالقول بحظر القياس هنا معناه وقوع المدافع تحـت طائلـة العقاب، كما لو كان في ظروف عادية، في حين أنه لا عقوبة

---

التجريم. ولذلك فإنها تسمى بحالات المشروعية الاستثنائية تميزا لهـا عن حالات المشروعية العادية التي تستند إلى عدم وقوع النشاط تحت طائلة نصوص التجريم، كما تسمى لدى بعض الفقهاء وفي عـدد مـن التشريعات "بأسباب التبرير".

انظر:

"بأسباب التبرير"

Delogu: Op. Cit, P. ٥٧.

عليه مطلقًا إذا هو قتل المعتدي أو جرحه أو ضربه، علـى حسب الأحوال. وهذه نتيجة شاذة دون شك، لأن النصـوص إذا كانت تسمح بالدفاع الشرعي بأفعال جسيمة، فإنها تسـمح ـ من باب أولى ـ بالدفاع بأفعال أقل جسامة.

ويضرب البعض [٣٣] مثالاً آخـر مـن قضـاء الـنقض المصري؛ حيث قضى في هذا الصدد بأنه إذا هاجم المعتدي ـ وهو يمتطي فرسا ـ المعتدى عليه شاهرا عصاه الغليظة يريد أن يضربه بها، فلم يجد المعتدى عليـه وسـيلة لـدفع الخطر المحدق به إلا أن يصوب غدارته (بندقيته) إلى فرس المعتدي فتخر صريعة، ويسقط المعتدي معها، فإن فعل قتـل الحيوان المملوك للغير هنا، تبيحه حالة الدفاع الشرعي.

ومثال ذلك أيضا من مجال النصوص المنظمة لحق تأديب الصغار للتعليم والتهذيب، أنه إذا كانت الإباحة مقررة بالنسبة لأفعال الضرب، فإنه قياسا على ذلك تكون الأفعال التي تقل في أذاها عن الضرب مباحة أيضا من باب أولى.

---

[٣٣] - محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشـريعات العربيـة، القاهرة، ١٩٦٢ ص ٢٦ ـ ٢٧.

وتطبيقًا لذلك قضى بأنه إذا كان الولي قـد رأى - فـي سبيل حمل ابنته القاصر على إطاعة أوامره التي لا يبغي من ورائها ألا تهذيب أخلاقها وتقويم سلوكها - أن يضـع فـي رجليها قيدا حديديا عند غيابه عن المنزل. ملاحظًا في ذلـك إلا يمنعها من الحركة داخل المنزل، وألا يؤلم بدونها، فـإن ذلك لا تجاوز فيه لحدود حق التأديب المخول له قانونًا، بيـد أنه إذا تجاوز الحدود المعقولة. كان بالتالي خارجا عن حدود حقه مستحقًا للعقاب، كما لو ربط ابنته بحبل ربطًا محكما نتج عنه (غرغرينا) والوفاة [٣٤].

ومثال آخر عن مجال جرائم الشيكات، فمن المعلـوم أن التشريعات الجنائية تنص على معاقبة صاحب الشيك إذا أمر المسحوب عليه بعدم صرف قيمته بعد سحبه متى كان ذلـك بسوء نية، وعلى ذلك فإنه في حالة ما إذا كان هدف الساحب حسن النية. وقياسا على ذلك نرى أيضا عدم العقاب بالنسـبة لمن يأمر المسحوب عليه بعد سحب الشيك بالامتنـاع عـن

---

٣٤ - انظر في ذلك بعض أحكام النقض المصرية بالمرجع التالي: (السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات - الطبعة الرابعة القاهرة، ١٩٦٢، ص ١٨٠.

صرف قيمته. إذا كان قد سلمه للمستفيد بناء على جريمة نصب قوامها الخداع أو التدليس، وذلك لاتحاد العلة في الحالتين [35].

ومثال أيضا من مجال إباحة ممارسة مهنة الطب والجراحة، فمن المسلم به إباحة المساس بأجسام المرضى بأفعال هي في الأصل جرائم، وذلك من أجل علاج الأمراض وتحسين الصحة، وقد اقتصرت الإباحة في أول الأمر على

---

[35] - المادتان (١١٨)، (١٠٥) من نظام الأوراق التجارية السعودية الصادر بالمرسوم الملكي رقم (٣٧) وتاريخ ١١/ ١٠/ ١٣٨٣ هـ ـ ومذكرته التفسيرية.

وفي ذلك يختلف النظام السعودي عن النظم الجنائية الأخرى كالمصري مثلاً، ففي النظام السعودي لا يستقل الشيك عن العلاقات السابقة عليه بل يرتبط بها وتؤثر عليه، ويمكن بناء عليها طلب وقف صرف قيمته، ولو يكون ذلك من قبيل الاستثناء، بينما يمثل الشيك في النظام المصري عملاً قانونيا مجرد، أي مستقلاً عن العلاقات السابقة عليه، ولو كانت هي السبب في تحريره في واقع الأمر، ومن ثم فإنه لا يجوز بحسب الأصل إصدار أمر للمسحوب عليه بوقف صرف قيمة الشيك بعد سحبه استنادا إلى علاقات خارجة عنه وسابقة على سحبه، وإن جاز ذلك في حالات محددة بالنص وعلى سبيل الاستثناء.

العمليات الجراحية البحتة، وصدرت نصـوص التشـريعات بهذا المعنى فحسب. بيد أن خلافًا قـد نشـأ حـول بعـض العمليات الجراحية، التي تستهدف مجرد التجميـل أو تلقـيح العدد، واستقر الرأي في هذا الصدد على ترجيح مشروعيتها، واعترفت بها الهيئات العلمية المختصة.

ويمكن تبرير الإباحة في هذه العمليات غير العلاجية على أساس من القياس ـ عند انعدام النص المبيح ـ ذلك أنـه إذا كانت إباحة ممارسة مهنة الطـب لعلـة العـلاج وتحسـين الصحة، ففي عمليات التجميل تحسـين للصـحة المعنويـة بالدرجة الأولى، الأمر الذي ينعكس أثره حتما على الصـحة العامة للشخص، ويجعله أكثر إنتاجية ونفعا للمجتمع، وهـو أمر مشروع.

## (ج) موانع المسئولية وموانع العقاب [٣٦]:

---

٣٦ - موانع المسئولية الجنائية وموانـع العقـاب أمـور ذات طبيعـة شخصية بخلاف أسباب الإباحة فهي ذات طبيعة موضوعية. وبناء على ذلك يستفيد المساهم مع الجاني من عدم العقاب في الثانية دون الأولى، ويتم التمييز بين موانع المسئولية، وموانع العقاب على أساس أن الأولى أسباب شخصية تقوم وقت ارتكاب النشاط المادي المكـون للجريمـة،

من أهم موانع المسئولية الجنون، ومـن المسـلم بـه أن الجنون المانع من المسئولية هو الجنون الذي يعـدم الإدراك لدى الجاني. ويستعين القاضي بأهل الخبرة من الأطباء فـي

---

وتصيب الشخص في إرادته فتعيبها (كالإكراه) أو تعـدمها (كـالجنون وصغر السن)، أما الثانية فهي عبارة عن أعذار قانونية تقتضي إعفـاء الشخص من العقاب، وتطرأ بعد اكتمال عناصر المسـئولية الجنائيـة "ماديا ومعنويا". وهذه الأعذار بمثابة المنحة المقررة بـالنص، والتـي لا يملك القاضي إزاءها أية سلطة تقديرية؛ إذ يتعين عليـه أن يحكـم بالبراءة متى قام السبب أو العذر. والنصوص التي تقرر الإعفاء مـن العقاب في مثل هذه الحالات؛ إنما تستند إلى الفائدة الظاهرة التي تعود على عدم الاسترسال في جرائمهم، أو في تشجيعهم كذلك على تخفيف أو محو الآثار المتخلفة عن الجريمة، ومن أمثلة هذه الأعذار أو الموانع ما تنص عليه التشريعات الجنائية من إعفاء الراشي أو الوسـيط مـن العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة قبل اكتشافها. (المادة ١٤ من نظام الرشوة السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقـم ١٥ وتـاريخ ٧/ ٣/ ١٨٣٢ هـ والمعدل بالمرسوم الملكي رقم م/ ٣٥ وتـاريخ ١٣/ ١٠/ ١٣٨٨ هـ).

ولمزيد من المقارنة والتفصيل راجع:

التونجي: موانع المسـئولية الجنائيـة، القـاهرة، ١٩٧١، ص (١٠ ـ ١٠٢).

تحديد الأمراض التي تعدم حرية الاختيار، ولكن ليس هنـاك ما يمنع من القياس عليها؛ كلما اكتشـفت المحافـل العلميـة الطبية مرضا جديدا يضاف إلى قائمة الأمراض المقرة مـن قبل[٣٧].

أما موانع العقاب [٣٨] بسبب الإعفاء منـه أو لانقضـائه بسبب من أسباب الانقضاء [٣٩]، فيتجه الرأي إلى عدم جواز القياس عليها لما لها من صلة استثنائية (على التفصيل الـذي سنورده فيما بعد عند الكلام علـى القيـاس علـى القواعـد الاستثنائية).

---

٣٧ - رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، ص ٢٥٢.

٣٨ - انظر في التمييز بينها وبين موانع المسئولية الهامش قبل السابق.

٣٩ - ومن هذه الأسباب مضي المدة (التقادم) ـ وهـو نظـام منتقـد ولا تقره الشريعة الإسلامية ـ والعفو.

لمزيد من التفصيل انظر:

علي أحمد راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظريـة العامـة. الطبعة الأولى القاهرة، ١٩٧٠، ص ٦٩٦ وما بعدها.

## ـ القياس على أسباب تخفيف العقاب:

إن من أسباب تخفيف العقاب ما يتمكن واضع القانون من حصرها سلفًا، فينص على التقيـد بهـا، وإلـزام القاضـي بالتخفيف عند توافر أي منها، دون أن يترك له أيـة سـلطة تقديرية في شأنها، وهذه يقال لها (الأعذار القانونية المخففـة للعقاب). كما أن منها ما لا يكون في وسع واضع النصوص أن يحصرها سلفًا؛ لأن طبيعتها تستعصي علـى الحصـر، فيترك أمر الكشف عنها وتقديرها للقاضـي تبعـا لظـروف وملابسات كل قضية على حدة، وهي ما يقال لها (الظـروف القضائية المخففة للعقاب) أو أسباب الرأفة [٤٠].

ـ القياس على الأعذار القانونية المخففة:

يرى البعض [٤١] أن القواعد الجنائية المنظمـة لأحكـام التخفيف من العقاب هي قواعد استثنائية، وبالتالي لا يجـوز القياس عليها. ومع ذلك فقد أجاز أصحاب هذا الرأي صورة

---

[٤٠] - وهذه الأعذار إما عامة، كعذر تجاوز حـدود الـدفاع الفرعـي، وعذر صغر السن، وإما خاصة كعذر الزوج عندما يفاجئ زوجته وهي متلبسة بالزنا.

[٤١] - رمسيس بهنام: نفس المرجع ص ١٣١ ـ ١٣٢.

(القياس من باب أولى) والذي يتم في إطار الاستثناء المقرر أصلاً بالقاعدة المستثناة.

ومثال ذلك، جواز القياس ـ من باب أولى ـ على النص الذي يقرر التخفيف بالنسبة للزوج الذي يفاجئ زوجته حـال تلبسها بالزنا، فإذا كان النص يقرر التخفيف إذا ما قتل الزوج زوجته هي ومن يزني بها، أو ضربهما أو ضرب أحـدهما ضربا أفضى إلى الموت؛ فإن الزوج يستفيد بالتخفيف ـ من باب أولى ـ إذا ما اقتصرت ضربته على حد إحداث عاهـة مستديمة، وإن كان النص لم يشر صراحة إلى ذلك [٤٢].

---

[٤٢] - ولقد اعتبر هذا العذر من الأعذار المعفية لا المخففة من العقـاب في مجال الفقه الإسلامي، وذلك لدى جمهور الفقهاء، وذكروا في ذلـك واقعة حدثت في عهد عمر بن الخطاب وموجز هذه الواقعة، أن عمـر بن الخطاب كان يتغدى يوما، إذ جاءه رجل وفي يـده سـيف ملطـخ بالدماء، ووراءه قوم يعدون خلفه، وقالوا لعمر هذا قتل صاحبنا، فسأل عمر الرجل عما يقولون فقال: يا أمير المؤمنين أني ضـربت فخـذي امرأتي. فإن كان بينهما أحد فقد قتل، فالتفت إليهم عمر رضي ا عنه وقال، ماذا يقول؟ فقالوا يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف، فوقع في وسط الرجل وفخذ المرأة، فأخذ عمر سيف الرجل فهزه، ثم دفعه إليـه وقال "إن عادوا فعد".=

وبناء عليه يمكن القول بأن القياس على النصوص التـي تقرر أعذارا قانونية مخففة قياس جائز، بيد أنـه ينبغـي أن يكون في إطار فكرة القياس من باب أولى كما سبق بيانه.

## ـ القياس على الظروف القضائية المخففة:

إن طبيعة الظروف القضـائية المختلفـة تقتضـي عـدم حصرها وصياغتها في نصوص تشريعية محددة ذلك أنهـا عبارة عن عناصر أو وقائع عرضية تبعيـة تضـعف مـن جسامة الجريمة، وتكشف عن ضـآلة خطـورة فاعليتهـا،

---

=وقد اشترط البعض لعدم العقاب في هذه الحالة أن يثبت الفعل علـى المقتول، وإلا فالقتل جائز باطنًا "أي فيما بينه وبين ا سبحانه وتعـالى من ناحية الدين" وغير جائز ظاهرا ويقاد به (أي في الحكم والقضـاء، فيحكم عليه القصاص بالنظر إلى الظاهر وما وقع منه) وذلك كما ورد في كتاب الأم.

بينما ذهب فريق آخر إلى التفريق بين من ثبت زناه، فلا يجـوز قتلـه لأمكن رفعه للحاكم، وبين من لم يثبت زناه فيجوز قتله؛ لعذر القاتل إذا رآه يزني بأهله، وعجز عن إثبات ذلك.

(انظر: محمد أبو زهرة: الجريمة، العقوبة في الفقه الإسلامي. الجـزء الأول الجريمة، القاهرة، بدون تاريخ، ص ٣٥١، عبد العزيز عـامر: المرجع السابق، ص ٤٩٤).

وتستتبع تخفيف العقوبة إلى أقل من حدها الأدنى أو الحكـم بتدبير يناسب تلك الخطورة (٤٣).. وتبعا لذلك فإن الأمر لن يكون في حقيقته نوعا من القياس، لأن القياس يفترض وجود حادثة ورد حكمها في نص تشريعي، وحادثة أخرى لم ينص على حكمها مع وجود اتحاد في العلة بين الحالتين.

وعليه فإن الأمر سيكون بمثابة سلطة موسعة للقاضـي، يعمل فيها تقديره في إطار مجموعة من المعايير الإرشـادية أحيانًا، وبدون هذه المعايير أحيانًا أخرى؛ حيث يوجد طائفـة من التشريعات فحسب، هي التي نظمت تشريعيا مثـل هـذه المعايير [٤٣].

وليس من المرغوب فيه - في هذا الصدد - أن يقـيس القاضي حالة معروضة عليه على حالة حكم فيها من قبـل، للشبه بين الحالتين، لأن فكرة الفروق الفردية، ومقتضـيات

---

[٤٣] - Bouzat et Pinatel: Traité de droit Pénal at de crlminologie. Tome I, Paris, ١٩٦٤, p. ٤٦٠; Merle et Vitu: Traité de droit Griminel. Paris, ١٩٦٧, pp. ٥٧٠.

وانظر أيضا:

حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة. القـاهرة، ١٩٧٠، ص ١٤٤.

التفريد القضائي للجزاء الجنائي، توجب عليه - في إطـار القانون الجنائي الحديث - أن يتناول كل حالة علـى حـدة، فيكشف عن عناصر الدعوى، والوقائع العرضية، وطبيعـة المجرم المائل أمامه، ويخفف العقاب إذا لزم الأمر، متى كان الجزاء المحدد بعد ذلك هو الجزاء الملائم (٤٤).

---

٤٤ - ومن أبرز هذه التشريعات قانون العقوبات الإيطالي؛ حيث نـص في المادة (١٣٢)* منه على أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في سبيل تطبيق العقوبات ضمن الحدود التي يرسمها القانون، ويتعين عليـه أن يفصح عن البواعث التي تبرز استعماله لهذه السلطة، ثم نص في المادة (١٣٣) منه على أنه عند استعمال القاضي لسلطته التقديرية يتعين عليه أن يراعي جسامة الجريمة المستفادة من:

أ- طبيعتها ونوعها ووسائلها وموضوعها وزمانها وكافة ملابساتها.

ب - جسامة الضرر أو الخطر الناجم عنها.

ويجب أن يراعي القاضي أيضا ميل الجاني نحو الإجرام، مستندا فـي ذلك على:

أ - بواعث الإجرام وطبع الجاني.

ب - سوابق الجاني وحياته قبل اقتراف الجريمة.

جـ - سلوكه المعاصر واللاحق للجريمة.

ظروف حياته الفردية والعائلية والاجتماعية. =

# خاتمة

وبعد.. فهذه معالجة موجزة لموضوع: (الحكم حيث ينعدم النص الجنائي) ألقينا فيها الضوء على أهم جوانبه، وخاصـة ما يتعلق منها بالحالات التي يجوز الحكم فيها رغـم انعـدام النص استنادا إلى القياس.

ويجدر بنا في نهاية هذا البحث أن نوجز أهم النقاط التـي وردت فيه، والتي تمثل جوهره، وهذه النقاط هي:

---

=ومن هذه الطائفة من التشريعات - أيضا - القانون اليوناني، المـادة ٧٩ منه".

(لمزيد من التفصيل راجع: عبد الفتاح خضر: الأوجه الإجرائية للتفريد القضائي، رسالة دكتوراه، القاهرة ١٩٧٥).

وانظر أيضا:

Gafos: "Le control du Pouvoir d'appreciation du Juge dans la determination des peines et des measured sureté.

Rapport general, Rev. Int. d. p., ١٩٥٩, p. ٥٥٨ et suiv.

Are Ancel: Les métodes et les procédes téchnigues dans I'éldboratin de lqa sentence Pénal, Rev. int. d. P. ١٩٦٠, p. ٢٥٨ et suiv.

١- إن من النتائج الأولية لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أن يحكم القاضي بالبراءة عندما ينعدم النص، وذلك بحسب الأصل.

٢- إن هناك بعض حالات أجيز فيها الخروج على هذا الأصل، استنادا إلى اعتبارات تبرر هذا الخروج، وبالتالي أجيز للقاضي فيها أن يصدر حكمه رغم انعدام النص، استنادا إلى القياس.

٣- إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قد طبق تطبيقًا دقيقًا (بشقيه المتعلقين بالتجريم والعقاب) على الجرائم ذات العقوبات المقدرة، وتطبيقًا مرنًا على الجرائم ذات العقوبات غير المقدرة (التعزيرية) فامتناع القياس نهائيا في الأولى، وأجيز ـ بحدود ـ في الثانية، على التفصيل الوارد في موضعه من هذا البحث.

٤- إنه لا تعارض بين اتجاهات الفقه الجنائي الوضعي، والفقه الجنائي الإسلامي في شأن

الحالات التي أمكن القول فيها بالقياس، وبالتالي إصدار حكم رغم انعدام النص، والتي وردت تفصيلاً في هذا البحث، وفي الإطار الموضح به.

٥- إن النصوص المتضمنة لهذه الحالات إما عامة أو خاصة أو استثنائية، وقد انتهينا إلى أن الأصل هو عدم جواز القياس على النصوص الخاصة أو الاستثنائية، واستثناء يجوز القياس عليها في حالات محددة، على التفصيل الوارد في موضعه أيضا من هذا البحث.

وا أسأل أن يفيد بهذا العمل المتواضع الباحثين في المجال الجنائي، إنه نعم المولى ونعم النصير.

# المراجع

## أولاً: باللغة العربية:


ـ أحمد فتحي سرور: أصول قانون العقوبات، القسم العام، القـاهرة ١٩٧٢.

ـ أحمد عبد العزيز الألفي: النظرية العامة للجريمـة فـي القـوانين الوضعية، الرياض، ١٣٩٤.

ـ السعيد مصطفى السعيد: الأحكام العامة في قانون العقوبات، القاهرة، ١٩٦٢.

ـ بدران أبو العينين: أصول الفقه الإسلامي، الإسكندرية، بدون تاريخ.

ـ حسنين عبيد: النظرية العامة للظروف المخففة رسـالة دكتـوراه، القاهرة، ١٩٧٠.

ـ رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائي، الإسكندرية، ١٩٧٠.

ـ رمسيس بهنام: الجريمة والمجرم والجزاء ـ الإسكندرية، ١٩٧٣.

ـ عبد العزيز عامر: التعزير في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٥٧.

- عبد الفتاح خضر: الأوجه الإجرائيـة للتفريـد القضـائي، رسـالة دكتوراه، الطبعة الثالثة، القاهرة، ١٩٥٧.

ـ عبد الفتاح الصيفي: القاعدة الجنائية، بيروت، ١٩٦٧.

ـ عبد الرحمن البزاز: مبادئ القانون المقارن، بغداد، ١٩٦٧.

ـ عبد السلام التونجي: مواقع المسئولية الجنائية، القاهرة، ١٩٧١.

- عبد المنعم البدراوي: المدخل للعلوم القانونية، القاهرة، ١٩٦٢.
- علي أحمد راشد: القانون الجنائي، المدخل وأصول النظرية العامة، الطبعة الأولى، القاهرة ١٩٧٠.
- علي حسب ا : أصول التشريع الإسلامي القاهرة، ١٩٦٤.
- محمد أبو زهرة: الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي، الجزء الأول الجريمة، القاهرة، بدون تاريخ.
- محمد وجدي عبد الصمد: الاعتذار بالجهل بالقانون، القاهرة ١٩٧٢ ـ ١٩٧٣.
- محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات، القسم العام، الطبعة الثامنة، القاهرة، ١٩٦٩.
- محمود نجيب حسني: أسباب الإباحـة فـي التشـريعات العربيـة، القاهرة، ١٩٦٢.

## ثانيا: باللغة الفرنسية:

- Ancel (Mare): Les Méthodes et les procédes techniques dans I'élaboration de la sentence pénale.
  Rapport general Persenté au VIII Congrés intenational de dnoit Pénal. Rev. int. d. p. ١٩٦٠ (١).
- Bouzat (Pierre) et pinatel (Jean): Traité de droit Pénal et de criminology. Zéme éd., Paris, ١٩٦٣.

- Dologu (Tullio): Les causes de justification, cours de doctorat, le Caire, ١٩٥١ – ١٩٥٢.
- Gafos (Elie): Le control de pouvoire d'appreciation du juge dans la determination des peines des measures de sureté, Rev. int, d. p., ١٩٥٧.

(١) Rev. int. d. p.:
Revue interanational de droit penal. Bulletin de L'Assassiation international de droit penal. Paris.